

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON LA DENEGACIÓN POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE MARBELLA DE UNA DECLARACIÓN RESPONSABLE PARA LA INSTALACIÓN DE UNA TORRE DE TELECOMUNICACIONES EN UNA URBANIZACIÓN DEL CITADO MUNICIPIO

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 23 de enero de 2024

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 18 de diciembre de 2023, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital un escrito de un operador a través del cual informa sobre los obstáculos a la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), que derivan de la posible denegación, por parte del Ayuntamiento de Marbella, mediante resolución 2023/16568 de 18 de octubre de 2023 (expediente 2023/5199) de una declaración responsable para la instalación de una torre de telecomunicaciones en una urbanización del citado municipio.

El informante aporta junto a su escrito los siguientes documentos:

- a) Certificado emitido, el 12 de noviembre de 2020, por el Secretario del Consejo de la CNMC, en el que se hace constar que el interesado figura inscrito en el Registro de Operadores como entidad autorizada para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas.
- b) Declaración responsable para ejecución de obras presentada por el interesado ante el Ayuntamiento de Marbella en fecha 18 de enero de 2023. En la descripción del proyecto, el interesado expone su intención de llevar a cabo *“Instalación de infraestructuras de la red pública de telecomunicaciones en sustitución de emplazamiento X de su Plan de Despliegue e Implantación presentado el 04/10/2021 y aprobado según escrito de fecha 31/12/2021”*.
- c) Resolución 2023/16568 de 18 de octubre de 2023 (expediente 2023/5199) dictada por el Ayuntamiento de Marbella y mediante la que se declara la imposibilidad de que surta efecto la declaración responsable presentada anteriormente por el interesado.

La Resolución 2023/16568 de 18 de octubre de 2023 basa su denegación en que:

“Los terrenos sobre los que se ha actuado carecen de ordenación pormenorizada a nivel de planeamiento de desarrollo, no siendo conforme a la legislación vigente, y que las obras ejecutadas no se encuentran entre las actuaciones que son objeto de Declaración responsable recogidas en los artículos 138 de la Ley 7/2021 de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía y el artículo 393 del Decreto 550/2022 que aprueba el Reglamento General de la citada Ley”

La informante denuncia en su escrito la vulneración de los artículos 44 y 49 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel) en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM.

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

“1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como “*cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.*”

En el caso que nos ocupa, la actividad sobre la que versa la información presentada consiste en la instalación de la infraestructura necesaria para suministrar servicios de comunicaciones electrónicas, lo cual constituye una actividad sometida a la LGUM, pues supone la ordenación de medios por cuenta propia con la finalidad de prestar un servicio en condiciones de mercado¹.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

III.1.- Normativa urbanística

III.1.1.- Régimen jurídico del suelo

En la resolución reclamada se señala que:

Los terrenos sobre los que se ha actuado carecen de ordenación pormenorizada a nivel de planeamiento de desarrollo.

Y, concretamente, el Ayuntamiento de Marbella indica que “*la parcela de referencia está dentro del ámbito urbanístico cuya clasificación urbanística es Suelo Urbano No Consolidado*”. Por tanto, debe analizarse si, dentro de los usos atribuidos por la normativa a dicho suelo, se encuentra la instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas.

¹ La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas viene definida en el apartado 70 del Anexo II (Definiciones) de la vigente Ley 11/2022 General de Telecomunicaciones y diversas sentencias dictadas por la Audiencia Nacional han confirmado la aplicación de la LGUM a la instalación de infraestructuras para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Entre otras, cabe mencionar las Sentencias de 26 de junio de 2018 (recurso 204/2015, Ayuntamiento de Hernani en expediente UM/004/15) y de 2 de noviembre de 2018 (recurso 206/2015, Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en expediente UM/002/15).

Desde la entrada en vigor de la actual Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (Ley 7/2021), los suelos se clasifican únicamente en suelo urbano y suelo rústico², no contemplándose la categoría de “suelo urbano no consolidado”. Sin embargo, en la disposición transitoria primera apartado a) 2ª de la misma Ley 7/2021, se prevé un régimen específico para los suelos que aún conserven la clasificación de “suelos urbanos no consolidados”:

Los ámbitos de suelo urbano no consolidado del planeamiento general vigente tendrán el régimen que se establece en esta Ley para la promoción de actuaciones de transformación urbanística delimitadas sobre suelo urbano o, en su caso, el de las actuaciones urbanísticas.

Este régimen jurídico es objeto de desarrollo más pormenorizado en el apartado 1 de la disposición transitoria 2ª del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021 (Reglamento General).

1. Conforme a la disposición transitoria primera de la Ley, los ámbitos de suelo urbano no consolidado y de suelo urbanizable sectorizado previstos en los instrumentos de planeamiento general vigentes tendrán el régimen de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística o, en su caso, el de las actuaciones urbanísticas. Cuando estos ámbitos no cuenten con ordenación pormenorizada aprobada, su ordenación corresponderá al instrumento de ordenación urbanística detallada de la actuación de transformación urbanística correspondiente, sin necesidad de tramitar una propuesta de delimitación previa, conforme a las siguientes reglas:

a) Se seguirá el procedimiento de aprobación, régimen de competencias, requisitos de documentación y el resto de disposiciones que se establecen en la Ley y en el Reglamento para el instrumento de ordenación urbanística detallada.

b) Las determinaciones de la ordenación detallada se desarrollarán en el marco de las determinaciones de la ordenación estructural y de la ordenación pormenorizada preceptiva que se establezcan para el ámbito en el instrumento de planeamiento general y conforme a los criterios de sostenibilidad para la ordenación urbanística que se establecen en el Título IV, cuando resulten compatibles con éstas.

² A efectos de la presente Ley, el suelo se clasifica en suelo urbano y suelo rústico (artículo 12 de la Ley 7/2021).

c) Los estándares de suelo para dotaciones serán los establecidos en el instrumento de planeamiento general y, en el caso de que los mismos no hubieran sido determinados, los que resulten de aplicar los criterios establecidos en el artículo 82 del Reglamento. A estos efectos, la remisión a los estándares previstos en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, o en el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, se entenderá referida a la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, y a este Reglamento.

d) La reserva de suelo para vivienda protegida será la establecida en el artículo 61.5 de la Ley y 83 del Reglamento salvo que, conforme a lo establecido en el artículo 10.1.A.b) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, el instrumento de planeamiento general hubiera previsto una mayor o una menor que implique una distribución de la reserva exigible en su ámbito de ordenación, en cuyo caso prevalecerá la determinación establecida por éste.

Por tanto, según el régimen previsto en la Ley 7/2021 y en su Reglamento General (Decreto 550/2022), el suelo urbano no consolidado se regirá:

- En primer lugar, por el régimen aplicable a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística o, en su caso, el de las actuaciones urbanísticas.
- Y, únicamente, cuando los anteriores ámbitos no cuenten con ordenación pormenorizada aprobada, su ordenación corresponderá a un instrumento de ordenación urbanística detallada.

III.1.2.- Régimen jurídico de la declaración responsable

En la resolución reclamada se declara que *“las obras ejecutadas no se encuentran entre las actuaciones que son objeto de Declaración responsable recogidas en los artículos 138 de la Ley 7/2021 de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía y el artículo 393 del Decreto 550/2022 que aprueba el Reglamento General de la citada Ley”*. Por tanto, debe analizarse también el régimen jurídico aplicable a la declaración responsable contenido en la normativa urbanística.

Por un lado, el artículo 138.1 de la Ley 7/2021 sujeta a declaración responsable las siguientes actuaciones urbanísticas:

a) La realización de obras de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no requieran proyecto de acuerdo con la legislación vigente. Las Ordenanzas Municipales podrán eximir de declaración responsable aquellos supuestos en que las actuaciones carezcan de afección a la ordenación urbanística o a la normativa de la edificación, sin perjuicio de aquellos supuestos, en los que, de

acuerdo con la legislación sectorial aplicable, tales obras deban quedar sujetas a algún régimen de intervención administrativa.

b) Las obras en edificaciones o instalaciones existentes que sean conformes con la ordenación territorial y urbanística o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo urbano no sometido a actuaciones de transformación urbanística, siempre que no alteren los parámetros de ocupación y altura, ni conlleven incrementos en la edificabilidad o en el número de viviendas.

c) Las obras en edificaciones e instalaciones existentes que sean conformes con la ordenación territorial y urbanística o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo rústico y que tengan por objeto la mejora de las condiciones de eficiencia energética, la integración de instalaciones de energía renovable o la reducción de su impacto ambiental, siempre que no supongan obras de nueva planta o aumento de la superficie construida.

d) La ocupación o utilización de las edificaciones o instalaciones amparadas en licencia previa o declaración responsable de obras, siempre que se encuentren terminadas y ajustadas a estas y su destino sea conforme a la normativa de aplicación.

e) La ocupación y utilización en edificaciones existentes que sean conformes con la ordenación vigente o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo urbano no sometido a actuaciones de transformación urbanística, siempre que no hayan sido objeto de obras.

f) Los cambios de uso en edificaciones, o parte de ellas que sean conformes con la ordenación territorial y urbanística o se encuentren en situación legal de fuera de ordenación, situadas en suelo urbano no sometido a actuaciones de transformación urbanística, siempre que no incrementen el número de viviendas y el uso a implantar se encuentre dentro de los permitidos por dicha ordenación.

Este supuesto no puede acogerse a la casuística del artículo 138.1 de la Ley 7/2021 puesto que se trata de un suelo urbano (no rústico) dentro de ordenación y sometido a actuaciones de transformación urbanística, tal y como se desprende del régimen jurídico contenido en las disposiciones transitorias primera de la Ley 7/2021 y segunda de su Reglamento General y previsto para regular el suelo urbano no consolidado.

No obstante, también cabe indicar que el artículo 137.2.h) exime de la necesidad de obtener licencia urbanística a aquellas actuaciones exceptuadas “por la legislación sectorial aplicable”, por lo que en el apartado siguiente se analizarán las disposiciones de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel).

III.2.- Normativa sectorial de comunicaciones electrónicas

El artículo 44 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel), recoge expresamente el derecho de ocupación de la propiedad privada

por parte de los operadores para la instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas:

Los operadores tendrán derecho, en los términos de este capítulo, a la ocupación de la propiedad privada cuando resulte estrictamente necesario para la instalación, despliegue y explotación de la red en la medida prevista en el proyecto técnico presentado y siempre que no existan otras alternativas técnica o económicamente viables, ya sea a través de su expropiación forzosa o mediante la declaración de servidumbre forzosa de paso para la instalación, despliegue y explotación de infraestructura de redes públicas de comunicaciones electrónicas. En ambos casos tendrán la condición de beneficiarios en los expedientes que se tramiten, conforme a lo dispuesto en la legislación sobre expropiación forzosa.

Por su parte, el artículo 49.6.b) LGTel añade que:

6. La normativa elaborada por las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias que afecte a la instalación y explotación de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán cumplir, al menos, los siguientes requisitos: (...)

b) prever un procedimiento rápido, sencillo, eficiente y no discriminatorio de resolución de las solicitudes de ocupación, que no podrá exceder de cuatro meses contados a partir de la presentación de la solicitud, salvo en caso de expropiación. No obstante lo anterior, la obtención de permisos, autorizaciones o licencias relativos a las obras civiles necesarias para desplegar elementos de las redes públicas de comunicaciones electrónicas de alta o muy alta capacidad, las Administraciones públicas concederán o denegarán los mismos dentro de los tres meses siguientes a la fecha de recepción de la solicitud completa. Excepcionalmente, y mediante resolución motivada comunicada al solicitante tras expirar el plazo inicial, este plazo podrá extenderse un mes más, no pudiendo superar el total de cuatro meses desde la fecha de recepción de la solicitud completa. La Administración Pública competente podrá fijar unos plazos de resolución inferiores;

Y, más concretamente, en el apartado 9 del artículo 49 LGTel se indica que:

Para la instalación o explotación de las estaciones o infraestructuras radioeléctricas y recursos asociados en dominio privado no podrá exigirse por parte de las Administraciones públicas competentes la obtención de licencia o autorización previa de obras, instalaciones, de funcionamiento o de actividad, de carácter medioambiental ni otras de clase similar o análogas, excepto en edificaciones del patrimonio histórico-artístico con la categoría de bien de interés cultural declarada por las autoridades competentes o cuando ocupen una superficie superior a 300 metros cuadrados, computándose a tal

efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de la estación o instalación o, tratándose de instalaciones de nueva construcción, tengan impacto en espacios naturales protegidos.

Para la instalación o explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas fijas o de estaciones o infraestructuras radioeléctricas y sus recursos asociados en dominio privado *distintas de las señaladas en el párrafo anterior, no podrá exigirse por parte de las Administraciones públicas competentes la obtención de licencia o autorización previa de obras, instalaciones, de funcionamiento o de actividad, o de carácter medioambiental, ni otras licencias o aprobaciones de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización dicha instalación, en el caso de que el operador haya presentado voluntariamente a la Administración Pública competente para el otorgamiento de la licencia o autorización un plan de despliegue o instalación de red de comunicaciones electrónicas, en el que se contemplen dichas infraestructuras o estaciones, y siempre que el citado plan haya sido aprobado por dicha administración.*

En este supuesto concreto y salvo que la instalación de la nueva torre de telecomunicaciones se efectuara en una edificación declarada bien de interés cultural o tuviera impacto en un espacio natural protegido, no resultaría, incluso, necesaria la presentación de licencia si el operador hubiese tenido aprobado anteriormente un plan de despliegue en esa zona por parte del Ayuntamiento de Marbella, lo que podría ser el caso a tenor de las alegaciones del interesado (“Plan de Despliegue e Implantación presentado el 04/10/2021 y aprobado según escrito de fecha 31/12/2021”).

Finalmente, en cuanto a la instalación de redes de alta velocidad, resulta de aplicación específica el artículo 8.3 del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (RD 330/2016):

*3. Sin perjuicio de lo anterior, así como de lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones, **toda denegación de permisos o licencias relativos a las obras civiles necesarias para desplegar elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad habrá de estar debidamente justificada, sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.***”

III.3.- Aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad de los artículos 5 y 17 LGUM

Por un lado, el artículo 5 LGUM prevé que:

“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una

actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá guardar relación con la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser proporcionado de modo tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.”

Y, entre las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 se encuentran la protección del “entorno urbano” y la conservación del “patrimonio histórico y artístico”.

Por otro lado, el artículo 17.1.c) LGUM señala que:

“1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen. Asimismo, los requisitos para la obtención de dicha autorización deberán ser coherentes con las razones que justifican su exigencia. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional, las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.”

En términos muy similares al artículo 17.1.c) LGUM, y en el ámbito de las Administraciones Locales, el artículo 84bis.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) contempla que:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.

No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.”

Sin embargo, como ya se señaló en el informe UM/074/23 de 31 de octubre de 2023³, no estamos ante la ocupación de dominio público sino de una propiedad privada, por lo que no concurre dicha razón imperiosa de interés general. De hecho, según se ha indicado anteriormente, no resultaría siquiera exigible licencia, de acuerdo con el artículo 49.9 LGTel, si el operador tuviera aprobado un plan de despliegue en esa zona y la instalación no se realizase en una edificación declarada bien de interés cultural o no tuviese impacto en un espacio natural protegido.

Finalmente, y, en cualquier caso, la aprobación de un plan de despliegue no exoneraría a los operadores de observar las normas urbanísticas aplicables, como se ha indicado en sus Informes UM/022/20, de 10 de junio de 2020⁴, y UM/017/21 de 17 de marzo de 2021⁵ y UM/041/21 de 14 de julio de 2021⁶.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se concluye, según lo ya indicado en el anterior informe UM/074/23 de 31 de octubre de 2023⁷, que, de acuerdo con el artículo 49.9 LGTel, podría no resultar exigible una licencia si el operador tuviera aprobado un plan de despliegue en esa zona y la instalación no se realizase en una edificación declarada bien de interés cultural o no tuviera impacto en un espacio natural protegido, si bien la aprobación de dicho plan de despliegue de redes no exonera a los operadores de observar las normas urbanísticas aplicables, como se ha indicado en sus Informes UM/022/20, de 10 de junio de 2020⁸, y UM/017/21 de 17 de marzo de 2021⁹ y UM/041/21 de 14 de julio de 2021¹⁰.

³ <https://www.cnmc.es/expedientes/um07423>.

⁴ <https://www.cnmc.es/expedientes/um02220>.

⁵ <https://www.cnmc.es/expedientes/um01721>.

⁶ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04121>.

⁷ <https://www.cnmc.es/expedientes/um07423>.

⁸ <https://www.cnmc.es/expedientes/um02220>.

⁹ <https://www.cnmc.es/expedientes/um01721>.

¹⁰ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04121>.